LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO

JAIME CARDENAS GRACIA

En la actualidad se está manejando una nueva concepción del Derecho con el resurgimiento del interés en la tópica y la retorica, de igual manera con el papel que representan y vienen a desempeñar los principios constitucionales.

La aplicación necesita razones y por tanto justificación. Toda aplicación exige de la motivación para lograr el convencimiento de las partes. La argumentación determina también las razones que justifican la decisión de cómo lograr el convencimiento de los auditorios, ya sean los integrados por las partes o el conformado por la sociedad que es el más difícil de convencer.

Para poder aplicar una norma se debe determinar si se dan las condiciones previstas en el ordenamiento para la aplicación de la norma particular.

En cuanto a la argumentación, se manejan al menos tres concepciones: la lógica-formal, la material y la pragmática o dialéctica. La argumentación dentro de las teorías contemporáneas hace hincapié en la parte justificativa de la decisión. El discurso jurídico tiene la obligación de razonar las decisiones de acuerdo al derecho vigente en un sentido muy particular de la justicia, no siendo para nada un proceso mecánico.

En la actualidad, las teorías de la argumentación señalan que el juez y la autoridad están vinculados al orden jurídico, siendo más complejo hoy en día, ya que no se integra sólo por reglas, si no por principios y procedimientos discursivos. La labor de los jueces es cada vez más exigente porque obliga a un conocimiento más profundo de los ordenamientos jurídicos, principios y de los valores que lo orientan.

El movimiento hacia la interpretación-argumentación y hermenéutica, se inició en este sentido después de la Segunda Guerra Mundial y con el

auge de los tribunales constitucionales. Los cuales se vieron obligados a razonar sobre principios y valores constitucionales.

En la actualidad existen muchas teorías de la argumentación, como son las de Aarnio, Peczenick, Alexy, Mac Cormick y Manuel Atienza. Que se encargan de establecer las posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica; así como determinar mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación; distinguiendo entre justificación interna y externa en la decisión.

La corriente jurídica contemporánea llamada neoconstitucionalismo, deja atrás el positivismo tradicional. Pone el acento en los derechos fundamentales, le exigen al órgano jurisdiccional un esfuerzo argumentativo justificatorio, que no permite una simple discrecionalidad interpretativa, tomando en cuenta la posición del participante para explicar el funcionamiento del derecho.

El neoconstitucionalismo es una corriente jurídica contemporánea que deja atrás el positivismo tradicional. Pone el acento en los derechos fundamentales; admite la existencia de principios jurídicos en el derecho, los que constituyen las normas de mayor densidad del sistema; acepta una relación débil entre derecho y moral; se decanta por un juez contrario a la aplicación mecánica de las normas, y entiende que la seguridad jurídica basada exclusivamente en la subsunción y el silogismo ha llegado a su fin. Podría decirse que el neoconstitucionalismo abandona el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo.

El positivismo metodológico, tal como fue diseñado por Kelsen o Hart, es una superación del viejo positivismo de la escuela de la exégesis. Ésta mantuvo en el terreno de la interpretación la sujeción mecánica del juez a las normas. El carácter del juez como reproductor automático de decisiones. Casi ninguna de las tesis del positivismo decimonónico hoy se considera de manera tajante. Ni la tesis de la separación absoluta entre derecho y moral ni la que pone el énfasis en la organización y

regulación de la fuerza ni la que sostiene la estatalidad del derecho ante el evidente pluralismo jurídico de nuestros días ni la que determina que el carácter jurídico lo da la coerción ni la que piensa que el derecho es un sistema cerrado y seguro.

Se ha alterado la interpretación en el neoconstitucionalismo por la inclusión de los principios constitucionales, el peso de la argumentación retórica y de la argumentación dialógica comunicativa. Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas y, por tanto, no se prestan a la sub-sunción. No obstante, el neoconstitucionalismo no desemboca en un puro decisionismo arbitrario del juez, lo obliga a una justificación más racional de sus decisiones. Teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio y Peczenick ponen el énfasis en la justificación de las decisiones y brindan orientaciones para lograrla.

En el neoconstitucionalismo la interpretación de y desde la Constitución es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional. A consecuencia de lo anterior, los jueces constitucionales han adquirido un papel inusitado que para algunos desplaza al legislador democrático.

Alexy impulsa una teoría del discurso práctico general que después aplica al campo jurídico. Las principales reglas del procedimiento discursivo de Alexy descansan en las condiciones de imparcialidad, libertad y simetría de los participantes. Estas reglas se apoyan en cuatro pretensiones de validez en el discurso moral para el consenso o el acuerdo: la pretensión de elaborar enunciados inteligibles; la pretensión de comunicar contenidos proposicionales verdaderos para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; la pre tensión del hablante de manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones, y que el hablante elija una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión de modo que puedan en principio coincidir entre sí.

En materia de argumentación jurídica se distinguen dos aspectos en la justificación de las decisiones: la justificación interna y la justificación externa, de manera que para Alexy existen dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico. La justificación interna equivale al uso del silogismo en los casos fáciles. La justificación externa se refiere a la justificación de las premisas y se distinguen seis tipos de reglas y formas según se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación empírica o a las formas especiales de los argumentos jurídicos.

Alexy señala que las reglas del discurso jurídico no garantizan que se pueda llegar a una única respuesta correcta. Ello se debe a que los participantes en el discurso acuden a él con convicciones previas y muchas de las reglas del discurso no necesariamente pueden ser satisfechas.

El modelo garantista de Ferrajoli se basa en una concepción del derecho y del Estado que reduce el papel punitivo y coactivo del sistema jurídico y maximiza los alcances de los derechos humanos. El garantismo es también una teoría jurídica de la validez del derecho. Las normas para que sean válidas exigen ante todo el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional.

Los principios han transformado a la interpretación porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal y se aproxima a la retórica, la ponderación y la razonabilidad.

A través del análisis de la constitucionalidad de las leyes y actos se amplían los espacios de participación popular y se fortalece el control de la acción de los gobernantes fuera de los momentos electorales. La justicia constitucional será democrática si se constituye en la garantía y salvaguarda de la libertad individual y de los derechos fundamentales.

La interpretación de los textos no es nunca libre, está determinado por múltiples factores, entre ellos el peso de la doctrina y de la opinión pública. La legitimidad democrática de la justicia constitucional se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de democracia.

La legitimidad democrática del Poder Judicial entraña, sobre todo, una nueva relación entre este poder y la sociedad. A juicio del autor, esa nueva relación sólo puede darse si se modifican los criterios de legitimación procesal y de interés jurídico; si la jurisdicción sirve a los ciudadanos; si la jurisdicción incorpora a sectores marginados; si se introducen nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos sociales y culturales; si la garantía de tutela judicial es la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial; si el juez se asume como un defensor de la Constitución y del ordenamiento; si el Poder Judicial se entiende como instancia de control del poder público y privado; si se realiza una interpretación garantista de los derechos fundamentales; si se transparenta el Poder Judicial, y si la jurisprudencia constitucional abre los canales participativos y deliberativos de la sociedad y del poder.